

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

**NAGIB SLAIBI FILHO**

*Professor da Emerj e da Universo. Desembargador do TJ/RJ*

## 1. A HERMENÊUTICA

Adotando o ensinamento de Carlos Maximiliano de que a Hermenêutica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”,<sup>1</sup> podemos conceituar a Hermenêutica Constitucional como o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das normas constitucionais.

Distingue-se a Hermenêutica da interpretação e da aplicação: Hermenêutica é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; interpretação é o ato de apreensão da expressão jurídica, enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido.

## 2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição tem caráter próprio, *sui generis*, em face de sua supremacia sobre as demais fontes normativas, por sua natureza, lembrada por Carl Schmitt, de que é uma transição entre o ato político e o ato jurídico, levando a sua interpretação a peculiaridades especiais, como antes observara o sempre exímio Carlos Maximiliano:

*“A técnica de interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigida de modo sintético, em termos gerais.”<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 1.

<sup>2</sup> Op. cit., p. 339

Note-se que a Constituição, embora se qualificando pela supremacia sobre os demais atos, é também ato jurídico e que, por si só, pelo fato de representar a manifestação de vontade do poder constituinte, intentando transformar a sociedade e o Estado, produz alteração no mundo jurídico e fático.

Sob o título **O negócio jurídico como regulamentação de consequências jurídicas e como “situação de fato”**, ensinou Karl Larenz:

*“Os negócios jurídicos, como já se acentuou anteriormente, não são situações de fato ‘neutrais’ a respeito de suas consequências jurídicas, mas situações de fato, a que é inerente o sentido de visarem produzir essas consequências jurídicas. Não alcançam significado jurídico só através da circunstância de poderem ser subsumidos à previsão duma norma jurídica, mas possuem uma significação jurídica, em virtude do sentido do ato que incorporam, independentemente de como devam ser apreciados com fundamento numa norma jurídica.”<sup>3</sup>*

A Constituição, como todo negócio jurídico, não é “neutra” a respeito de suas consequências jurídicas, pois o simples fato de o legislador constituinte considerar determinada matéria importante o suficiente para adentrar no texto constitucional significa que uma determinada consequência é esperada, por isso.

Como ato político de decisão sobre o modo de existência e organização da sociedade, também não é a Constituição nenhuma esfinge a demonstrar imperturbável imparcialidade na regência dos fatos sociais: na realidade, a Constituição quer que a sociedade, o Estado, todos e cada indivíduo tenham uma conduta específica, de acordo com a situação abstrata que prevê; coloca objetivos expressos e implícitos que devem nortear toda a atuação da sociedade e do Estado, como se vê no art. 3º e no art. 5º, XLIV.

A Constituição não é um problema, mas, simplesmente, instrumento de resolução de problemas.

A Constituição não é imparcial nem desinteressada porque é ato de decisão, e nenhum ato de decisão é desinteressado, pois intenta uma determinada consequência.

---

<sup>3</sup> Karl Larenz, **Metodologia da Ciência do Direito**, tradução por José de Souza e Brito e José Antonio Veloso, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 339.

Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 173, privilegiando a iniciativa privada, a significar para o Estado, seus agentes e órgãos públicos, o mesmo dever jurídico que decorre do disposto no art. 5º, inciso LXV, ao determinar que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, ou o previsto no art. 129, § 2º, que diz que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira: o interesse que a Constituição abriga é um interesse que fica imune à degradação de nível, seja qual for o poder que assim intente.

Ninguém é “neutro” ao interpretar a norma constitucional, pois todos buscam nela vantagem na proteção do interesse, próprio ou alheio, que considere relevante - também a Constituição não é “neutra” no que diz respeito aos interesses e valores que prevê.

A perspectiva em que o agente da interpretação se situa é a mesma que inspira o seu modo de ver o objeto de análise.

Não se afaste, em tema constitucional, a ideologia política, que é a base sobre a qual se ergue aquele que pretende examinar a Constituição - esta será o que o intérprete pretenda ver, nem mais nem menos.

Ao intérprete constitucional não deve escapar o suficiente grau de isenção para não incorrer nos graves ilícitos causados pelos preconceitos que foram a sua personalidade, mas não necessariamente a Constituição.

### 3. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

Também em sede da Hermenêutica Constitucional é necessário tratar, ainda que muito rapidamente, sobre os critérios de interpretação, ou métodos de apreensão do significado da norma.

Desde logo, afirme-se que os critérios de interpretação jurídica guardam relação necessária com a perspectiva jurídica do agente, hoje se debatendo as teorias jusfilosóficas justamente sobre os métodos de interpretação, estes a indiciar os fundamentos daquelas.

#### 3.1. *Interpretação literal ou gramatical ou filológica ou textual*

Tal modalidade de interpretação leva em conta os termos do dispositivo ou texto constitucional.

Em nosso sistema jurídico, de vinculação com o *Civil Law*, herdado da Europa Continental, em que predomina o texto legal como principal fonte de Direito, a interpretação literal assume importância que vai se esvaindo com a maior conscientização jurídica da sociedade, ao perceber, de um lado, que o legislador humano - diversamente do divino - também traduz no texto

legal os interesses parciais que pretende proteger, e que é impossível ao legislador prever toda a multidão de casos que acontecem no mundo fático.

Do disposto no Código de Processo Civil, no seu art. 126, e na Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 4º, extrai-se que a principal fonte do Direito em nosso sistema jurídico é a Lei, ou o Direito legislado ou escrito, e somente no caso de sua omissão, pode o juiz decidir a causa lançando mãos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

A corrente jusfilosófica do Positivismo Jurídico exacerba a importância do texto legal e, conseqüentemente, da interpretação literal, assim na linha do racionalismo filosófico que embasou o liberalismo político e econômico, chegando o velho juiz Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, a dizer, no célebre **O Espírito das Leis**, que os juízes nada mais são do que as bocas que pronunciam as palavras da lei, assim os reduzindo ao mero papel de declaração do Direito previamente explicitado pelo legislador.

Note-se: o legislador, dispondo genérica e abstratamente sobre o futuro, tem a presunção de propor soluções que vinculam a resolução dos casos concretos, sem que, evidentemente, possam prever satisfatoriamente toda a multidão de casos que possam ocorrer.

A interpretação que interessa ao Direito é uma atividade voltada para reconhecer e reconstruir o significado de atribuir, na órbita de uma ordem jurídica, à forma representativa que seja fonte de valoração jurídica, ou que constitua objeto desta valoração. Objeto da valoração tanto pode ser uma declaração, ou um comportamento que tenha relevância para a norma ou preceito jurídico em vigor.<sup>4</sup>

Karl Engisch se refere à lição de Radbruch:

*“Radbruch comparou a passagem da interpretação filológica para a interpretação jurídica como um navio que, ‘à saída, é dirigido pelo piloto da barra segundo um percurso preestabelecido através das águas do porto, mas depois, no mar livre, busca o seu próprio rumo sob a orientação do capitão’”.*<sup>5</sup>

Aliás, foi o mesmo Radbruch quem disse:

<sup>4</sup> Emílio Betti, **L'Interpretazione della Lege e degli Atti Giuridici**, Milão, Giuffrè, 1949, p. 3, citado por Fran Figueiredo, p. 178.

<sup>5</sup> Engisch, p. 145.

*“A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro. Sem dúvida, ela parte da interpretação filológica da lei, mas para ir mais além dela.”*<sup>6</sup>

A norma constitucional não deve ser interpretada, tão-somente, pelo método gramatical, embora aí esteja o método que pareça o mais tentador para o intérprete apressado, ou o mais confortável para o intérprete desatento, mas tal interpretação, seja qual for o método adotado, não deve perder de vista o caráter de supremacia que diferencia a norma constitucional das outras normas.

O primeiro passo da interpretação é a apreensão do significado lingüístico contido no dispositivo legal, o que baliza os demais procedimentos da interpretação, pois o texto legal confere a dimensão em que pode o juiz atuar na descoberta do significado normativo.

Em decorrência, em conceitos descritivos da norma jurídica, em que ao intérprete o legislador não concedeu liberdade de ação, como, por exemplo, a expressão *ninguém* contida no art. 5º, III (“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”), afrontará a supremacia constitucional o intérprete ou aplicador que dali pretenda extrair qualquer possibilidade de exceção.

Por isso é que se diz, de um lado, que o significado lingüístico é o início da interpretação, e, de outro, que se mostra insuficiente tão só a interpretação literal para se encontrar o sentido da norma. Por exemplo, encontra-se hoje totalmente esvaziada a antiga parêmia *in claris non fit interpretatio*, pois, no dispositivo antes referido, as expressões *tratamento desumano ou degradante* vão admitir uma gradação que somente incidirá na proibição constitucional se atingir densidade variável no caso concreto e ao ver do agente concretizador da norma.

### *3.2. Interpretação sistemática ou lógica*

Sistema é a ordenação das partes no todo.

Enquanto a interpretação literal focaliza determinado dispositivo, a interpretação sistemática busca o sentido da norma através da apreensão do significado lingüístico de diversos dispositivos sobre a mesma matéria,

<sup>6</sup> Radbruch, p. 231.

estejam ou não no mesmo diploma legislativo, assim na esperança de se descobrir o que antes se denominava de *mens legis* ou do que seria o sistema jurídico a ser revelado pelo conjunto normativo.

Aliás, Montesquieu pesquisou longamente na busca do que foi o título de sua obra monumental, **O Espírito das Leis**, investigando durante anos os sistemas jurídicos de diversos países na vã busca de seu particular Santo Graal de encontrar o fundamento e a razão de existência de todas as leis.

As constituições modernas, tratando das mais diversas matérias e que não se resumem mais ao simples objeto de declarar os direitos individuais e organizar os Poderes do Estado, são redigidas de forma principiológica, vinculando as regras ou os preceitos aos princípios fundamentais ou estruturais, gerais ou especiais.

Tal forma principiológica de redação da Constituição, fundada em valores, oferece, de um lado, maior facilidade ao intérprete na pesquisa da vontade do legislador constituinte, embora não dispense a pretensão deste de estabelecer sistemas organizatórios e de atuação sobre determinados temas.<sup>7</sup>

De qualquer forma, constituições abertas, decorrentes do consenso entre correntes políticas diversas, regulam as matérias de forma tópica, sem prejuízo dos muitos valores que consideram universais e que constituem a base principiológica posta em termos de princípios fundamentais ou estruturantes. Assim, em temas específicos, torna-se muito difícil estabelecer o sistema presumível da vontade do legislador constituinte, o que, por si só, infirma a denominada interpretação sistêmica.

Considere-se como derivada da interpretação sistemática ou lógica a denominada interpretação finalística ou teleológica, em que se confere à norma caráter instrumental de realização dos fins postos pela Constituição.

### *3.3. Interpretação histórica ou atualista*

*“A Constituição applica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister suppor que os homens incumbidos da nobre tarefa de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua*

---

<sup>7</sup> Correspondendo à pretensão do legislador constituinte de 1987/1988 de racionalizar o modo de funcionamento da sociedade, de forma sistêmica, basta notar que a Constituição de 1988 utiliza a expressão *sistema* em mais de duas dezenas de disposições.

*segurança dos direitos da pessoa e da propriedade, tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergenciais futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais extensas, não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objectivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem ellas ser extendidas a diferentes relações e circunstancias creadas por um estado aperfeiçoado da sociedade.” (sic).<sup>8</sup>*

A Constituição, como antes afirmado, não se resume ao texto em que se inscreveram as disposições, mas é a fonte do modo de ser da sociedade e do Estado.

Assim, ao se referir à interpretação histórica ou atualista, o que se pretende é a percepção das disposições normativas de forma a lhe conferir eficácia no momento atual; a interpretação histórica não é, assim, procurar em tempos recuados o significado da norma, mas conceder ao significante, ainda que elaborado em épocas pretéritas, o significado suficiente para a resolução dos problemas atuais.

As gerações atuais têm o mesmo direito de construção do próprio destino que as gerações anteriores e as gerações futuras, nem seria possível fossilizar a sociedade atual mediante padrões culturais de épocas já vencidas.

A percepção da Constituição não abstrai do quadro cultural nem pode se dar pela perspectiva estreita de dispositivos isolados, insuficientes, por si só, para indicar o comando legislativo que, ressalte-se, não decorre tão-somente do significado lingüístico ou da expressão literal da lei, mas de todo o conjunto normativo, no qual sobreleva a vontade do constituinte originário.

Fala-se hoje, até mesmo, em inconstitucionalidade superveniente:

*“A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à sua contradição com as regras formais*

---

<sup>8</sup> Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Porto Alegre, Livraria do Globo, 1925, pp. 316/317, na redação original do texto.

*ou processuais ao tempo de sua elaboração. O princípio **tempus regit actum** leva a distinguir dois efeitos no tempo: a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais vigentes no momento em que se efectiva essa mesma aplicação.”<sup>9</sup>*

### *3.4. Interpretação axiológica*

A interpretação axiológica funda-se na apreensão dos valores tutelados pela norma jurídica, nos princípios postos pelas normas constitucionais, de modo a fazer prevalecer, em cada caso, o valor de patamar superior.

É o método que hoje está em voga na doutrina e na prática dos tribunais, embora sob a intensa crítica de que a sua utilização constitui uma verdadeira panacéia, pois as constituições democráticas, pelo caráter compromissório entre diversas correntes ideológicas, apresentam aparentes conflitos de valores, permitindo ao intérprete selecionar, de acordo com a sua postura cultural, aquele que deve predominar.

Qual o valor que se sobrepuja aos demais, ao qual se deva recorrer em caso de aparente conflito de normas?

Correspondendo ao ideal filosófico aristotélico, em que se percebe o homem como sujeito e centro dos interesses, a doutrina indica como valor predominante o da dignidade da pessoa humana, inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição, sobre o qual se erigem os valores constantes dos incisos I (a soberania popular) e II (a cidadania como direito inerente a todo brasileiro de acesso e utilização dos bens de vida postos à disposição dos restantes membros de sua comunidade política).

#### *3.4.1. Princípio da proporcionalidade*

A Constituição alberga interesses individuais, coletivos e sociais; eventual conflito entre eles merece solução de acordo com a respectiva preponderância.

Desviar-se dos fins visados pela Constituição, ainda que aplicando literalmente seus dispositivos, vulnera o *princípio da proporcionalidade*.

Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e meio (a Constituição é meio de resolução de problemas),

---

<sup>9</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra, Liv. Almedina, 1993, p. 1.109; sobre o tema, no Brasil, ver, entre outros, Clemerson Merlin Cléve e Paulo Bonavides.



muito além do sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar os valores postos como prevaletentes pela ordem constitucional.

Apresenta as seguintes facetas:

a) a *exigência de conformidade ou adequação dos meios*, o que pressupõe a investigação e prova de que o ato é conforme os fins que justificam sua adoção (relação de adequação medida-fim), ou seja, se a medida é suscetível de atingir o objetivo escolhido;

b) o *princípio da necessidade ou da menor ingerência possível*, consistente na idéia de que os meios eleitos para alcançar determinado fim devem ser os menos onerosos, daí decorrendo a perquirição da 1) necessidade material, 2) exigibilidade espacial, 3) exigibilidade temporal e a 4) exigibilidade pessoal ou individuação das limitações. O princípio pode ser denominado, também, de “escolha do meio mais suave”;

c) o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, em que meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não proporcionado em relação ao fim.

Na Constituição de 1988, não há adoção expressa do princípio da proporcionalidade, que é implícito em diversos dispositivos:

a) o princípio da adequação dos meios, no art. 138, ao se referir às garantias constitucionais que ficarão suspensas durante o estado de sítio;

b) o princípio da necessidade, no art. 37, IX, sobre a contratação por tempo determinado de pessoal para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

c) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, no art. 173, dispondo que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Note-se que são todos exemplos de dispositivos constitucionais que demonstram que o exercício de qualquer direito não é absoluto, mesmo porque “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

O *Estado Democrático de Direito*, de cunho liberal, fundando-se na diretriz ideológica da igualdade dos homens, induziu ao conceito formal de Constituição, extraindo, daí, o conceito de legalidade como o substrato jurídico do poder.<sup>11</sup> A lei é exigida para o exercício do poder porque o administrador somente atuará quando e se houver determinação legal, pois sua atuação implica, necessariamente, restrição à liberdade individual.

A fórmula constitucional do art. 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, tem, como decorrência, o princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*), o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX), o princípio da legalidade tributária (art. 150, I), o princípio da vinculação do juiz à lei (Código de Processo Civil, art. 126, parte final e art. 127: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”<sup>12</sup>) e outros visando encadear a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, e respectivos poderes administrativos, à vontade, em primeiro lugar, do poder constituinte, e, a seguir, do Poder Legislativo. Daí a importância da constituição formal, como norma prevalecente sobre todas as outras, e da pirâmide jurídica a que se refere Hans Kelsen.

O *Estado Social de Direito*, de cunho transformador, funda-se na diretriz ideológica da desigualdade latente entre os homens, induz ao conceito material da Constituição e desconfia da norma genérica e abstrata, porque compreende que não lhe é possível a previsão de todas as situações. Pretende que não haja contradição ontológica entre legislação e decisão, lei e decreto ou sentença, que devem estar em relação dialética, porque se complementam. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado Social de Direito faz o culto da Constituição, porque “a lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana”.<sup>13</sup>

Célebre decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, no caso Elfes, pertinente a uma fundamentação material da constitucionalidade das leis, assim se expressou:

<sup>11</sup> “O Poder Legislativo está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao Direito” (Lei Fundamental de Bonn, art. 20, 3).

<sup>12</sup> Jorge Americano conceituou a equidade como o poder do juiz aplicar, no caso concreto, a lei que faria, se legislador fosse.

<sup>13</sup> Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 5. ed., 1994, p. 344.

*“As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado Social.”*<sup>14</sup>

Na dúvida, não limite o intérprete ao texto constitucional:

*“Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fim proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido: é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscree a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insuffle a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, ou de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.”*<sup>15</sup>

#### 3.4.2. Razoabilidade vs. Proporcionalidade

Também o Direito tem os seus modismos, os temas que ficam na “crista da onda” enquanto esta não se arrebenta, como as outras, nas praias da vida.

<sup>14</sup> *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 342.

<sup>15</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967 com a EC nº 1/69**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, tomo I, p. 302 (6 tomos).

Entre os modismos nacionais desta transição entre séculos e milênios, estão o princípio da razoabilidade e o critério da proporcionalidade (ou da ponderação dos interesses ou da redução do excesso, como queiram)...

É modismo salutar pois conduz a consciência do operador do Direito a repensar a sua função, que não mais é a de mera aplicação do que está escrito na lei (*dura lex sed lex...*), mas a relevante função de construir a regra de conduta que regulará a intensa e densa vida desta sociedade de transição entre as Eras Industrial e Digital.

Ambos os princípios estão estritamente vinculados a critérios de Hermenêutica - esta a ciência que trata da interpretação da norma -, especificamente aos critérios fundados no valor tutelado pela norma jurídica, critérios que ensejam a denominada interpretação axiológica.

Há opositores que até preferem acoimar a interpretação axiológica com o epíteto fácil de “Direito Alternativo”. Estes pretendem haurir no frio texto legal a vida, pois ignoram que o Direito é muito mais que a Lei. Outro magistrado, Saulo de Tarso, depois da revelação na Estrada de Damasco, afirmara que “a letra mata, o espírito vivifica”.

O Direito está muito além da Lei, esta é o conjunto dos dispositivos postos nos comandos legislativos através de artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

A *interpretação literal ou gramatical*, presa ao significado lingüístico dos dispositivos legais, somente era legítima no velho liberalismo dos séculos XVIII e XIX, em que se afirmava a supremacia do Parlamento sobre o poder absoluto dos monarcas através de leis genéricas e abstratas, sob a premissa de imanente igualdade entre os indivíduos.

Schumpeter lembrou, até mesmo, que então se vislumbrava a multidão como difuso conjunto de indivíduos sem rostos, sem os caracteres distintivos de cada um.

Portalis, no início do século XIX, levou ao extremo a idéia de que o Direito simplesmente decorria do texto legal, ao proclamar que não ensinava o Direito Civil, mas o Código Civil francês de 1804.

Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, magistrado do *ancient régime* francês, no monumental **O Espírito das Leis**, afirmava que os juízes, ao julgar as causas que lhe são submetidas, simplesmente pronunciavam as palavras da Lei (“*les juges ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de loi*”).

Mas o texto legal - criatura humana - não se imuniza aos defeitos do criador e não consegue prever todas as situações que ocorrem na vida.

Impossível ao legislador regular a multidão dos casos que a dinâmica da vida impõe aos juízes resolver.

Daí se evoluiu, mantida a desconfiança no papel do juiz, buscando suprir as lacunas legais embora reverenciando o sacro respeito ao texto, para o que se denominou de *interpretação sistemática*, a pesquisar no conjunto legislativo qual seria a vontade hipotética do conjunto legislativo, a *mens legis*, como se a vontade parlamentar, decorrente do consenso eventual entre centenas de representantes na Casa Legislativa, pudesse indicar a idéia geratriz que conduziu à edição da lei.

Então, até mesmo enfatizava a doutrina que se procurava não a *mens legislatoris* - o que pretendia o pretenso e unívoco legislador -, mas o sistema normativo pretendido pelo conjunto do texto, a seduzente *mens legis*.

Mas continua a incompletude legislativa: a sacralidade do texto legal não combina com a vida, pois “nunca se viu o Direito transformar a sociedade, mas sempre se viu a sociedade transformar o Direito” (Jean Cruet).

Passou-se, então, ao processo de atualização da lei, pela denominada *interpretação histórica*, esta no sentido não de verificar a História na sua dimensão infinita, que compreende o passado, o presente e o futuro, mas considerando sobre o pretérito que conduziu o legislador a editar o dispositivo legal, como se os mortos pudessem vincular as novas gerações, e o passado se reproduzisse no futuro, sem considerar o presente.

Nessa investigação histórica, tentativamente buscando legitimar o texto produzido no passado, viram-se destacados os elementos normativos a conter os denominados *conceitos indeterminados*, permitindo ao intérprete maior liberdade de ação, como, por exemplo, o adjetivo na expressão penal *mulher honesta*. Qual o valor da honestidade? O antigo ou o atual? Em que lugar (*topos*)?

Mas continuou a perplexidade.

Não basta atualizar, aí, o conceito de honesto, que oferece na comunidade diversos matizes, a depender da classe social, do território e até mesmo de circunstâncias eventuais.

“Cultura é tudo”, resumiu há anos célebre sociólogo, de renome internacional, que vai comemorar a posse, por oito anos, da mais alta curul da República.

Quebrou-se, então, o confortável e falso conceito da igualdade formal, devendo-se buscar a isonomia material, ainda que tratando desigualmente os desiguais, pois igualdade é tratar os iguais com igualdade e os

desiguais com desigualdade na medida dessa desigualdade, meio de se alcançar a verdadeira igualdade. Tal proposição - é irresistível afirmar - foi enunciada por Rui Barbosa, que, aliás, talvez por essa e outras, foi derrotado em duas eleições para a Presidência da República no início do século XX.

A isonomia formal está na letra fria da lei.

A isonomia material está na vida, no caso concreto. Sua fonte é a razão, a emoção, a intuição – enfim, o espírito - do aplicador do Direito.

O Direito não só garante direitos (subjettivos), mas, também, intenta transformar a sociedade; nessa transformação não passa ao largo das situações estabelecidas, antes as considera para conferir direitos a quem não os adquiriu.

Confere-se superioridade jurídica a quem está em inferioridade econômica ou social, como se vê nas leis protetivas do consumidor, da criança, do idoso e do trabalhador.

Iníquo o direito adquirido à fome, à miséria, às carências da pessoa humana...

Recasens Siches foi haurir no Iluminismo do século XVIII, no racionalismo de Kant, a expressão hoje tão difundida: “A lógica do Direito é a lógica do razoável”.

A razoabilidade, como critério hermenêutico, os americanos a extraíram do *due of process of Law*, o conjunto de garantias processuais asseguradoras do caráter dialético do processo que objetiva inibir a liberdade ou a propriedade (veja-se a herança ianque que está no art. 5º, LV, da Carta de 1988).

Os juizes da Suprema Corte, a partir da década de 30, muitas vezes como reação às inovações do *New Deal* rooseveltiano, usaram e abusaram do critério da razoabilidade, chegando mesmo o grande *Justice* Charles Hughes a afirmar que “vivemos sob uma Constituição e esta é aquilo que nós (a Corte) diz que é”...

A teoria da razoabilidade pressupõe premissas (pré-emitidas) ou pressupostos (pré-supostos) identificando-se com os preconceitos (ou valores preconcebidos) que norteiam a aplicação do Direito.

Em contraposição ao enunciado de Recasens Siches, e aí afirmando o empirismo, Oliver Wendell Holmes cruamente afirmava que “a vida do Direito não foi a lógica, foi a experiência”,<sup>16</sup> propugnando a perquirição, em

<sup>16</sup> Oliver Wendell Holmes, *O Direito Comum, as Origens do Direito Anglo-americano*, Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1967, p. 29.

cada tema, dos valores culturais, sociais, políticos ou econômicos que devem conduzir à aplicação da norma.

Daí, finalmente, se imbrica a teoria da razoabilidade com o denominado critério de *proporcionalidade* - que muitos preferem denominar *de redução do excesso*, como no direito penal - a buscar nos valores em contraste aquele de maior densidade que predominará na resolução do caso em julgamento.

Ao extrair do dispositivo normas que aparentemente estejam em conflito quanto aos valores por elas protegidos, cabe ao intérprete sopesar tais valores, colocá-los em ponderação e, a final, optar pela norma que tutela o valor que deve preponderar no caso em julgamento.

Então o aplicador do Direito não mais *declara a lei*, mas constrói a norma de conduta: *o Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, constrói-se* (Ronald Dworkin).

O Direito é a vida (*ubi societas ibi jus*), é tópico (depende do tempo e do lugar), não é utópico (em lugar nenhum e assim onipresente) como o ideal da Justiça.

O operador jurídico navega sempre em mares revoltos - as tempestades são produzidas pelos interesses conflitantes - em busca do porto onde se concretiza a resultante norma de conduta. Neste processo, dizia Giorgio del Vecchio, a interpretação literal ou gramatical pode ser comparada ao rebocador que conduz o navio dentro da barra, mas, além desta, é livre - sempre motivadamente por que aplicar a norma é ato de poder - para navegar.

A Constituição fixa os valores fundamentais - e na Carta de 1988 o prevalente é o da dignidade da condição humana (posta como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no art. 1º da Constituição) - e ao legislador somente restou o papel de explicitar setorialmente os princípios gerais.

Nesse aspecto, veja-se que do velho Código Civil, pretensamente aplicável a todos os indivíduos (art. 2º), hoje não mais temos a completude vislumbrada por Portalis, mas um conjunto de diversos textos legais a instituir relações específicas decorrentes do peculiar *status* da pessoa, do *role* de cada ator no drama ou epopéia (e até mesmo comédia...) da vida: Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Mulher Casada, Estatuto do Índio, Estatuto da Companheira, Estatuto do Inquilinato Urbano etc.

Não mais o indivíduo sem rosto na multidão, mas o indivíduo considerado em atenção ao seu papel social.

Não mais as premissas afirmadas *a priori*, que nada mais são que meios de prevalência ou de imposição de valores de eventuais maiorias legislativas, quando não nefandos meios da mais sórdida dominação, mas a afirmação de que o Direito somente se legitima como instrumento de resolução dos conflitos de interesses que se manifestam no presente.

Não mais o juiz-robô, mas o juiz que constrói o Direito, edita norma que no caso concreto tem a força de lei.

Não mais a afirmação do positivismo filosófico de que *os vivos, cada vez mais, são governados pelos mortos*, e que o nosso Barão de Itararé atualizou com corrosivo humor: *os vivos, cada vez mais, são governados pelos mais vivos...*

E na busca do valor que deva fazer predominar no julgamento da causa que lhe é submetida, finalmente o juiz atravessa a ponte de ouro entre o Direito (a Ciência da norma de conduta) e a Ética (a Ciência da conduta), esta o fundamento, a razão, a legitimação daquele.

#### 4. REGRAS PARA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Na doutrina constitucional brasileira, Carlos Maximiliano e Lúcio Bittencourt elaboraram algumas regras para a interpretação do texto constitucional, matéria excelentemente tratada também por José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>17</sup> invocando, inclusive, segundo Linares Quintana e suas sugestões sobre regras de interpretação constitucional.

É feito, a seguir, um sucinto resumo das regras apontadas pelos mestres antes mencionados.

##### 4.1. As regras constitucionais são imperativas e de ordem pública

Tal regra decorre do princípio da supremacia da Constituição, como suprema manifestação da vontade popular. Em face do caráter imperativo é que o juiz deve conhecer da questão de inconstitucionalidade, ainda que não tenha sido provocado pela parte.

A inconstitucionalidade é a espécie mais grave de invalidade. Como nulidade, a inconstitucionalidade é a incompatibilidade do ato com a Lei Maior. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição.

---

<sup>17</sup> José Alfredo de Oliveira Baracho, **Processo Constitucional**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, pp. 345 e segs.



Tanto deve se procurar a interpretação que dê aplicabilidade à Constituição, que o novo texto constitucional traz dois remédios jurídicos processuais cujo objeto é forçar a atuação do Estado no atendimento do comando constitucional: o mandado de injunção, para os casos concretos de falta de norma regulamentadora (art. 5º, LXXI), e a ação de inconstitucionalidade por omissão, em abstrato (art. 103, § 2º). Aliás, o legislador constituinte teve até mesmo uma obsessão com a imediata aplicação de suas normas, pois evitou disposições que pudessem exigir complementação infraconstitucional e abusou de expressões proclamadoras de direitos e garantias.<sup>18</sup>

*4.2. Só se reconhece a inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável (“beyond all reasonable doubt”)*

Os atos estatais têm, conceitualmente, uma natural presunção *juris tantum* de veracidade, como está expresso no art. 19, II, da **Lex Mater**, pelo que não podem os órgãos públicos, inclusive os judiciários, negar validade aos documentos públicos, salvo comprovação de falsidade ou afronta à ordem jurídica. Tal regra foi herdada da Emenda IV, Seção I, à Constituição americana (“dar-se-á plena fé e crédito em cada Estado aos atos públicos, registros e processos judiciais dos demais Estados”).

Na dúvida sobre a constitucionalidade do ato impugnado, deve o intérprete considerá-lo hígido, compatível com a Lei das Leis.

De tal regra decorre que deve o juiz, ao dirimir a lide, contornar, no que puder, a questão de constitucionalidade.

A apreciação da questão de inconstitucionalidade implica, necessariamente, emitir juízo de valoração e possível censura sobre atos de outro Poder, o que deve ser evitado, na medida do possível e desde que não se vulnerem os direitos constitucionais, em nome da harmonia entre os Poderes (art. 2º).

Da presunção de validade dos atos infraconstitucionais decorre princípio da reserva de plenário pelo disposto no art. 97 da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo disposição do art. 116 da revogada Lei Maior: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros

---

<sup>18</sup> “O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado” (trecho da ementa no Mandado de Injunção 470-6-RJ, STF, Pleno, Relator o Ministro Celso Mello, julgado em 15/2/95).

do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Certos autores, erroneamente, ignorando o modelo de Direito Público que abraçamos, o qual prevê a amplitude do direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, em decorrência da norma antes transcrita, opinam no sentido de estar o juízo monocrático, em primeira instância, impossibilitado de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na apreciação dos casos concretos que são submetidos ao seu julgamento. Buscam tais autores, hoje em número ínfimo, o disposto no Título IX (Dos Processos nos Tribunais) do Livro I do Código de Processo Civil, arts. 480 a 482, o argumento para dizer que o juízo monocrático, como o juiz francês, deverá se submeter à norma legal que vulnere a Constituição que investiu esse mesmo juiz em suas funções.

É evidente que o juiz, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, simplesmente deixa de aplicar a norma naquele caso sob seu julgamento, em decisão prejudicial ou preliminar, mas que, à evidência, não se estenderá ao restante da sociedade.

Por outro lado, os tribunais devem deixar de reconhecer a inconstitucionalidade de atos que têm sido aceitos como válidos por largo tempo - tal regra decorre do princípio da segurança nas relações jurídicas:

*“Forte é a presunção de constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos, sobretudo se foram contemporâneos da época em que a lei fundamental foi votada. **Minime sunt mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerunt.** Todavia, o princípio não é absoluto. O estatuto ordinário, embora contemporâneo do Código supremo, não lhe pode revogar o texto, destruir o sentido óbvio, estreitar os limites verdadeiros, nem alargar as fronteiras naturais.”*<sup>19</sup>

#### *4.3. As normas jurídicas infraconstitucionais têm caráter instrumental para a realização dos fins da Constituição*

Deve o intérprete atentar para os fins visados pelo legislador constituinte, o interesse constitucionalmente selecionado para efeito de especial proteção jurídica.

<sup>19</sup> Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 307.

Na interpretação constitucional prevalece o conteúdo finalista. A norma superior é a Constituição, cuja natureza jurídica é ser a decisão política suprema. Todo o aparelhamento estatal, toda a ordem jurídica, decorre da Constituição, instrumentaliza os seus fins. Assim, o intérprete deve atender, antes, à *mens* constitucional e, depois, à *mens legis*.

A norma constitucional não deve ser interpretada, tão-somente, pelo método gramatical, mas atendendo aos fins e aos interesses que a Constituição colocou como objetivos.

Como ato jurídico, a interpretação constitucional atende ao princípio geral de que *nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem* (Código Civil, art. 85).

4.4. *Quando a Constituição dá a um agente determinado encargo, implicitamente lhe confere os meios de realização desse encargo*

É o princípio dos poderes implícitos (*implied powers*) do Direito americano, o qual nada mais é que, regra geral de interpretação, decorrente do axioma *quem tem os fins tem os meios*.

Da mesma forma, ao conceder atribuição ou competência a determinado agente, função, órgão ou poder, implicitamente a Constituição afasta outros agentes, órgãos, poderes e funções da mesma atribuição: admitir-se que a competência constitucionalmente prevista pode ser afastada pela legislação infraconstitucional seria infirmar o próprio caráter político e supremo da Lei das Leis. Regras como as do art. 5º, inciso LXV, ou do art. 129, § 2º, primeira parte, são absolutamente desnecessárias, mas constam do texto constitucional só para fins de reforço de validade, excluindo todos os outros órgãos de sua ingerência.

Do mesmo modo, dispositivos como aqueles dos arts. 51, IV, e 52, XIII, declarando que às casas legislativas cabem as faculdades administrativas do poder de polícia e normativa interna, pois tais faculdades são ínsitas a todos os órgãos políticos, como se vê no art. 96, I, e que, por sua vez, não mencionou o poder de polícia.

4.5. *A inconstitucionalidade não decorre tão-somente da fundamentação, mas das disposições expressas da norma*

Também é regra genérica de interpretação, significando que não se devem acoimar de inconstitucionais tão-somente os fins declarados pelo legislador nos *consideranda* ou na fundamentação, mas os termos da parte dispositiva.

Algumas vezes, nas razões do ato (*consideranda*) ou mesmo em declarações *a latere*, o órgão emissor da norma impugnada a fundamenta

em princípios que vulneram a Lei Maior. Contudo, se nas disposições expressas (artigos, parágrafos, incisos) não houver nenhuma inconstitucionalidade, deve o intérprete se abster de proclamar a invalidade do ato, eis que os *consideranda* expressam a *mens legislatoris* mas não a *mens legis*.

4.6. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, valendo sua interpretação, ainda que não seja vinculativa em todos os casos, como orientação para todos os outros órgãos públicos (art. 102, caput)*

Se, pela nova Constituição, perdeu o Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da legislação federal ordinária, o que agora cabe ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso III), tem o Pretório Excelso destacado o seu papel principal de maior intérprete da Lei Maior, o que faz de forma garantida por plena autonomia, seja em face do remédio jurídico a ser instituído, nos termos do art. 102, parágrafo único, seja pela ação de inconstitucionalidade, prevista no art. 103, ou, afinal, incidentalmente, através de sua competência originária (art. 102, I), recursal (art. 102, II) e, o que é mais importante, através do recurso extraordinário (art. 102, III), assegurando-lhe ser o estuário natural de todas as causas em que for questão controvertida a aplicação de norma constitucional.

A forma federativa de Estado exige a existência de um órgão que interprete e custodie a validade da Constituição. Nesse relevante papel, tal órgão não está, verdadeiramente, subordinado à Constituição, podendo construir, da forma mais completa, todo o sistema político.

A mais alta Corte *constrói* a Constituição, pelo que podia dizer o antigo Presidente da Suprema Corte americana, Charles Evans Hughes: “*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*”.

4.7. *Não se declara a inconstitucionalidade com fundamento nos “ditames da Justiça” ou nos “princípios gerais do Direito”*

Tal regra, incontrovertida na técnica constitucional, é uma declaração de adesão ao programa normativista, repudiando o subjetivismo que poderia indicar a apreciação de questão constitucional por critério do Direito Natural.

Só há inconstitucionalidade naquilo que expressamente for incompatível com o texto constitucional.

Não pode o intérprete, abusando de seu poder restrito, declarar inválido o que a Constituição permite, sob o disfarce de princípios amorfos ou

ilimitados ou excessivamente de valoração subjetiva como “ditames da Justiça, interesse geral, proteção da sociedade” e outros.

Vale observar que a regra de ouro do Direito Natural está na parêntese *não lesionar*, e nenhum dispositivo constitucional é expresso nesse sentido, embora o art. 5º, XXXV, se refira à “lesão” como causa do ingresso em juízo.

Aliás, o princípio da lateralidade do Direito tem por conteúdo, justamente, o caráter da relação jurídica, como vínculo a constituir os direitos e deveres entre os indivíduos.

*4.8. Quando a Constituição mantém a mesma linguagem, entende-se que repristina a anterior*

Tal regra de permanência ou repristinação da Constituição anterior pode ser expressa, como se vê no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ou mesmo no art. 153, § 18, da Constituição revogada, ou implícita, dependendo dos termos inseridos na Lei Maior.

*4.9. Na interpretação literal, as palavras constitucionais devem ser entendidas em seu sentido geral e comum*

Antes de ser um ato jurídico, a Constituição é ato político, pelo que seu sentido não é técnico-jurídico, mas político.

Assim, suas expressões devem ser entendidas como decorrentes da vontade política e não da vontade jurídica.

Linares Quintana observou que “as palavras que a Constituição emprega devem ser entendidas no seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se a seu sentido técnico-legal; e em nenhum caso há de supor-se que um termo constitucional é supérfluo ou está demais, sendo que sua utilização obedeceu a um desígnio preconcebido dos autores da lei suprema”.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 95, de 28 de fevereiro de 1998, referida no art. 59, parágrafo único, da Constituição, dispõe em seu art. 11 sobre a redação das disposições normativas, recomenda, no inciso I, que se deve, para a obtenção de clareza “usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando”.

*4.10. Os privilégios e exceções previstos na Constituição devem ter interpretação restritiva*

Tal regra não é meramente de hermenêutica constitucional, mas de todo o Direito, mesmo porque o caráter democrático da Constituição é avesso

aos privilégios, os quais, se existentes no texto constitucional, devem ser aceitos moderadamente.

## 5. O MÉTODO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

É método que herdamos da Europa Continental.

No século XIX, durante o Império, a História Constitucional do Brasil calcava-se no sistema francês daquela época, e das denominadas *monarquias temperadas*, pelas idéias de Benjamin Constant, mestre de Estrasburgo, elaborou-se a Carta outorgada em 1824, por Pedro I.

No II Reinado, entre 1840 e 1889, sofremos grandemente a influência britânica, inclusive com a adoção do regime parlamentarista.

A República Velha esteve sob a égide dos ideais que os Estados Unidos implantaram na Constituição de 1787, influência que retornou em 1946, com o breve hiato da Constituição de 1934, sob o modelo germânico de Weimar, sem se referir ao Estado Novo que vigorou entre 1937 e 1946, sob a influência autoritária da Constituição que fora outorgada em 1935 pelo Marechal Pilsuisky aos poloneses.

A nossa Constituição de 1988, com a adoção do controle concentrado de constitucionalidade, cada vez mais caminha em direção à Europa Continental, pela influência das Cortes Constitucionais, principalmente do Tribunal Constitucional Federal alemão.

A lei orgânica da Corte Constitucional alemã estabelece que suas decisões são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei, a indicar que o processo constitucional concentrado tem caráter legislativo, de efeitos *erga omnes*, fungindo os atos legislativos do Parlamento.

Justamente por sua sede legislativa, a Corte Constitucional, desde o seu início, admitiu a interpretação conforme a Constituição<sup>20</sup> que “... tem por pressuposto objetivo de que o texto do dispositivo legal comporte razoavelmente a hipótese de leituras de normas discrepantes: que dele razoavelmente se possam extrair normas diferentes, só uma delas, no entanto, acorde com a Constituição”.<sup>21</sup>

Sobre o tema, ouça-se o notável mestre Paulo Bonavides:<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Gilmar Ferreira Mendes, “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei”, em **Revista de Informação Legislativa do Senado**, ano 30, n° 118, pp. 61/84, abril/junho de 1993.

<sup>21</sup> Trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 1480-3/DF.

<sup>22</sup> Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474.

*“Em rigor, não se trata de um princípio da interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.*

*Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito. A Verfassungskonforme Auslegung, consoante decorre da explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.*

*Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contida, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição”.*

Estabelece o art. 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>23</sup>

*“Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.*

*Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem*

<sup>23</sup> Sobre a mencionada lei, há ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em que não se concedeu liminar, para o que, no entanto, não se vislumbra plausibilidade, pois mesmo antes da edição da lei a adoção da interpretação conforme a Constituição já era praxe.

*redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal”.*

Em consequência, a interpretação conforme a Constituição pode se operar com declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto.

De um dispositivo podem-se extrair diversas normas.

Por exemplo, do disposto no art. 5º, LVI (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), extraem-se as seguintes normas:

- não se admitem, no processo judicial ou administrativo, provas que tenham sido obtidas por meios ilícitos;
- são admitidos no processo todos os meios de prova desde que tenham sido obtidos por meios lícitos;
- a se admitir no processo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, estão revogadas, a contar de 5 de outubro de 1988, todas as disposições infraconstitucionais que imponham efeitos legais de prova, como, por exemplo, o que está no art. 348 do Código Civil (“ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”),<sup>24</sup>, ou a revelia do art. 319 do

<sup>24</sup> TJ-RJ, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2000.002.14228, julgado em 22/03/2001, Relator Nagib Slaibi, unânime, com a seguinte ementa: “Direito Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA comprovando a paternidade. Pedido incidental de alimentos. Mostra-se compatível com a ordem jurídica a concessão de alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade em que o exame de DNA indica altíssima probabilidade do sucesso da demanda. *Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado. Provimento do recurso.* Consta do voto do relator: “Aqueles que adotam a vertente em contrário sentem-se ainda impressionados pela interpretação literal do disposto no art. 348 do Código Civil: ‘Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro’. É certo que ainda não consta no registro de nascimento do investigante, como seu genitor, o ora investigado. No entanto, realizou-se exame de DNA a indicar uma probabilidade de 99,99998% a favor do agravado ser o pai biológico do agravante. O princípio da verdade real como reitor do processo, como se extrai do disposto no art. 5º, LVI, da Carta de 1988 – ‘são admissíveis no processo todos os meios lícitos de prova’ – tem o condão de impregnar, mediante a denominada *interpretação conforme a Constituição*, todas as normas infraconstitucionais, não se podendo, assim, bloquear a prestação de alimentos, no caso, pelo fundamento, que se verifica insuficiente, de que ainda não se inscreveu no registro civil a paternidade ora investigada. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado”.



Código de Processo Civil, ou a limitação de prova testemunhal do art. 401, também do Código de Processo Civil.

Se ao menos uma das normas que se pode extrair do dispositivo legal se mostra compatível com a Constituição, o intérprete deve se abster de proclamar a inconstitucionalidade (afirme-se, novamente: a declaração de inconstitucionalidade é uma exceção, é a última providência, que o juiz somente pode incorrer se nenhuma outra alternativa restar!), declarando, no entanto, em que sentido extrai a norma, assim resolvendo o caso em julgamento.

Como o Supremo Tribunal Federal, ao conferir a interpretação conforme a Constituição no controle concentrado, exerce atividade normativa, vinculando os demais órgãos judiciários e os órgãos da Administração Pública, deve publicar a decisão no órgão oficial, para ciência de todos, bem como explicitar o sentido desejável para a norma.

Nessa explicitação, a interpretação conforme a Constituição se faz através ou da declaração de constitucionalidade (há compatibilidade da norma infraconstitucional com a norma que se extrai da Constituição) ou da declaração de inconstitucionalidade (não há compatibilidade da norma infraconstitucional com a norma que se extrai da Constituição).

Nesse último caso, a declaração de inconstitucionalidade se pode dar de forma integral (toda a norma infraconstitucional é incompatível) ou de forma parcial (somente parte da norma é incompatível).

Se a inconstitucionalidade ocorre, esta pode se referir ao texto integral, ou a somente parte do texto, caso em que, para aproveitar o texto de forma a dá-lo como constitucional, deve o mesmo ser reduzido, expungindo as partes que se mostram incompatíveis com a Constituição.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 201 e seu inciso II da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93. – Para chegar-se ao exame da inconstitucionalidade, sem redução de texto, mediante interpretação conforme, como argüida na presente ação direta (a argüição se cinge à aplicação da norma impugnada aos membros do Ministério Público Federal optantes do regime jurídico antigo), será necessário fazer-se, primeiramente, o confronto entre a norma em causa da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 7º, II, da Lei nº 1.341/51, para depois verificar-se se o resultado desse confronto entra em choque com o disposto no art. 29, § 3º, do ADCT quanto à opção, nele admitida, no que concerne às garantias e vantagens do regime anterior. Em casos que tais, a jurisprudência desta Corte se tem orientado no sentido de que não cabe a ação direta de inconstitucionalidade quando ‘o confronto do ato questionado com os dispositivos da Carta teria que passar, primeiramente, pelo exame *in abstracto* de outras normas infraconstitucionais, de tal forma que não haveria confronto direto da lei em causa com a Constituição’. Precedentes do STF. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece” (ADIMC – 1900 – DF, Moreira Alves, Unânime, julgado em 05-05-1999, DJU de 25-02-00, p. 157).

Pode-se também fazer a interpretação conforme a Constituição sem redução do texto, dali extraindo norma que se reputa compatível com a Constituição<sup>26</sup>.

Note-se o papel evidentemente normativo do Supremo Tribunal Federal nesses casos, impondo uma interpretação que se mostra clara e evidentemente vinculante, em termos constitucionais, para os demais órgãos judiciais e também os administrativos.

Mostra-se tão intenso o papel normativo do Supremo Tribunal Federal, assim na linha de atuação da Corte alemã – esta órgão do Parlamento – que dispõe o art. 12, III, “c”, da Lei complementar nº 95, com a redação da Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001:

*“Art. 12. A alteração de lei será feita:*

*...*

*III – nos demais casos, por meios de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:*

*...*

*c) é vedado o aproveitamento do número do dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘**declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal**’ ou ‘execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal.’”*

<sup>26</sup> “Universidade pública: regime de pessoal, peculiaridades a considerar no estatuto jurídico das Universidades. Art. 54 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação: arguição de inconstitucionalidade fundada no art. 39 da CF: suspensão cautelar sem redução do texto com interpretação conforme a Constituição...” Consta do dispositivo do acórdão: “... por unanimidade de votos, em deferir, parcialmente, o pedido de medida cautelar para, sem redução do texto, conferir, à parte final do *caput* do art. 54 da Lei nº 9.394/96, interpretação que somente autorize considerar as peculiaridades do regime jurídico de pessoal das universidades dentro do contexto do regime jurídico único do magistério a que se refere o art. 206, inciso V, da Constituição Federal” (ADIn 1620-2, Sepúlveda, unânime, julgado em 19-06-1997).

Enfim, a interpretação conforme a Constituição é método normativo de realização da Constituição, a despeito de se fazer, no Brasil, por órgão judicial.

Relevante acrescentar que também os juízes e os administradores públicos, nos casos que lhes forem submetidos, poderão utilizar o método da interpretação conforme a Constituição para a apreciação dos temas, sendo certo que suas decisões, em tais casos, não terão os poderosos efeitos *erga omnes* que a legislação federal concedeu às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede do controle concentrado. ◆